Pubblicato il 24/02/2021

N. 00494/2021 REG.PROV.COLL.

N. 02165/2020 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2165 del 2020, proposto da
Livio Impianti S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Ettore Notti e Antonio Romanello, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Briosco, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Francesco De Marini e Barbara Savorelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Stm Impianti Elettrici S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Alessandra Clerici e Matteo Bianchini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

previa sospensione cautelare dell’efficacia,

anche in sede monocratica:

della comunicazione del 25 ottobre 2020 prot. 11227, ai sensi dell'art. 76 c. 1 e 5 del D.lgs. 50/2016 con la quale l'ente ha comunicato che sono stati aggiudicati all'impresa STM Impianti Elettrici S.r.l. di Cantù (CO) i lavori di riqualificazione energetica degli impianti di illuminazione pubblica del

Comune di Briosco– CIG 84537753D2; della determinazione di aggiudicazione N. 86 Reg. Generale N. 381 del 20 novembre 2020 e relativo visto contabile; delle comunicazioni dell'ente 27 ottobre 2020, 17 novembre 2020 n.12486 prot. e del 19/20 novembre 2020 prot.11621; dei verbali tutti di gara; di tutti gli atti presupposti, connessi e/o consequenziali; del bando di gara; del disciplinare e del capitolato per quanto di interesse; del contratto, ove stipulato e per il risarcimento in forma specifica mediante esclusione della controinteressata ed aggiudicazione dei lavori con subentro nel contratto di appalto, ovvero in subordine, al risarcimento dei danni in dipendenza dei provvedimenti impugnati, con la condanna dell'Ente al pagamento della somma pari all'utile di impresa nella misura del 10% del prezzo netto o di quella somma determinata dall'Ecc.mo Collegio ex art. 1226 c.c. nonché del danno curriculare, delle spese sostenute per la gara ed il procedimento.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Briosco e della Stm Impianti Elettrici S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Data per letta nell'Udienza del 17 febbraio 2021, celebrata nelle forme di cui all'art. 25 del D.L. 28 ottobre 2020, n. 137 convertito in Legge 18 dicembre 2020, n.176, come modificato dall'art.1, comma 17 del D.L. 31 dicembre 2020, n.183, ed al Decreto Presidente del Consiglio di Stato del 28 dicembre 2020, la relazione della dott.ssa Katiuscia Papi, e trattenuta la causa in decisione sulla base degli atti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con lettera d'invito del 29 settembre 2020 il Comune di Briosco indiceva una procedura negoziata *ex* art. 36 comma 2 lettera 'b' D. Lgs. 50/2016 per l'affidamento dell'intervento di riqualificazione energetica degli impianti di illuminazione pubblica. Nella lettera si precisava che: «*l'importo a base di gara è stato quantificato per un importo complessivo di 209'000.00 € (oneri per la sicurezza inclusi, I.V.A. esclusa)*», per poi aggiungere che: «*sono previste modifiche contrattuali esercitabili a discrezione dell'amministrazione comunale, eventualmente da finanziare con il ribasso di aggiudicazione e/o con altri fondi derivanti dal QE dell'opera (economie) fino al raggiungimento della soglia fissata dall'art 35 del codice dei contratti; tali modifiche si identificano con l'aggiunta del numero di punti luce da riqualificare fino al raggiungimento della somma finanziata*».

Il Capitolato speciale prevedeva, all'articolo 2, un importo totale dell'appalto, soggetto a ribasso e comprensivo del costo della manodopera, pari a €. 362.735,44 (Tabella A). La medesima disposizione stabiliva inoltre la suddivisione della gara in due livelli, il primo dell'importo di €. 209.000,00 (Tabella B), il secondo di €. 153.735,44 (Tabella C). Il punto 3 (denominato 2) del Capitolato precisava che: «*L'importo totale di cui alla precedente tabella A, verrà suddiviso in due livelli di cui alle tabelle B e C. La stazione appaltante provvederà alla procedura di affidamento del primo livello (Tabella b) salvo avvalersi di quanto espresso all'art.2 comma 8 del presente*

capitolato». L'art. 2, ai successivi commi 8 e 9, prevedeva che: «*8. Ai sensi dell'art. 106 comma 1 lett. A) la stazione appaltante si riserva di affidare il secondo livello dei lavori finanziando l'opera mediante altre risorse economiche proprie o mediante fondi derivanti dal ribasso in fase di gara senza una procedura di affidamento. 9. Ai sensi dell'art. 106 comma 2 la stazione appaltante si riserva di ampliare i lavori afferenti al primo livello utilizzando fondi derivanti dal ribasso in fase d'asta*».

Ai fini della partecipazione alla gara la lettera d'invito, al punto 3.2, stabiliva che: «*Sono ammessi a partecipare alla presente procedura i soggetti invitati dalla stazione appaltante aventi idonea attestazione SOA*»; l'art. 3.3 richiedeva a pena di esclusione, quale requisito di capacità tecnica e organizzativa, la «*Certificazione SOA Cat. OG10 – Class. 1 […] L'importo della categoria prevalente OG10 ammonta a 209.000,00 €. di cui €. 7.782,78 €. per costi della sicurezza*».

2. Alla procedura selettiva partecipavano quattro imprese, tra cui Stm Impianti S.r.l. e Livio Impianti S.r.l. La Stm S.r.l., avendo offerto un ribasso del 48,43%, si classificava al primo posto; al secondo si posizionava la Livio Impianti S.r.l., con un ribasso offerto del 45,256%. La STM S.r.l. era in possesso di SOA in Cat. OG10 – Classifica I, inidonea a coprire l'intero importo dell'appalto (comprensivo del primo e secondo livello di cui all'art. 2 del Capitolato), ma bastevole a soddisfare i requisiti di partecipazione indicati nel capitolato (punto 3.3) e commisurati all'aggiudicazione del primo livello dei lavori.

Il Comune di Briosco, con Determinazione del Responsabile del Servizio Tecnico-gestionale del territorio n. 381 del 20 novembre 2020 aggiudicava la gara alla società STM Impianti S.r.l. Unipersonale, con riferimento ai lavori di cui alla sola Tabella B (primo livello), per un importo, al netto del ribasso offerto dalla ditta, di €. 136.091,61.

In data 26 novembre 2020 i lavori venivano consegnati alla ditta aggiudicataria STM Impianti S.r.l., ai sensi dell'art. 32 comma 8 D. Lgs. 50/2016.

3. Con il ricorso introduttivo del presente giudizio Livio Impianti S.r.l. impugnava l'aggiudicazione e tutti gli atti di gara, ivi compresa la *lex specialis*, chiedendone l'annullamento, previa sospensione cautelare dell'efficacia, anche in sede monocratica, per il seguente articolato motivo:

I) «*Violazione e falsa applicazione dell'art. 97 Cost. – Violazione e falsa applicazione degli artt. 35, 51, 106 D. Lgs. 50/2016, 61 comma 2 D.P.R. 207/2010 – Violazione legge 241/1990 – Carenza di motivazione – Eccesso di potere – Erroneità dei presupposti; carenza istruttoria; motivazione contradittoria*», col quale si deduceva il difetto dei requisiti di partecipazione in capo a STM S.r.l., risultando l'impresa titolare della SOA in categoria OG10, Classifica I, inidonea a coprire lavori che, in base all'art. 2 Tabella A del Capitolato speciale d'appalto, presentavano complessivamente (livello 1 sommato al livello 2) un ammontare di €. 362.735,44, che avrebbe richiesto la SOA in classifica II, posseduta da Livio Impianti S.r.l.

Si costituivano in giudizio il Comune di Briosco e la STM S.r.l. resistendo nel merito al ricorso e, quanto alla controinteressata, sollevando eccezione d'irricevibilità dell'atto introduttivo.

4. La domanda *ex* art. 56 c.p.a. veniva accolta con decreto presidenziale n. 1487/2020; l'istanza cautelare *ex* art. 55 c.p.a., trattata alla camera di consiglio del 22 dicembre 2020, era respinta, con compensazione delle spese, mediante l'ordinanza n. 1592/2020 (confermata in sede di appello dal Consiglio di Stato, Sezione V, con ordinanza n. 195 del 22 gennaio 2021).

All'udienza da remoto del 17 febbraio 2021 la causa veniva trattenuta in decisione.

5. Occorre *in primis* prendere in esame l'eccezione di tardività sollevata dalla controinteressata.

Secondo Stm il *dies a quo* per la decorrenza del termine di impugnazione dell'aggiudicazione coinciderebbe con la data di conoscenza di tale atto da parte di Livio Impianti S.r.l., e non invece con quella, successiva, dell'ostensione, ad opera dell'amministrazione, dei documenti richiesti dall'odierna ricorrente in sede di accesso.

L'eccezione va disattesa. Invero, l'unico motivo di gravame proposto da Livio Impianti S.r.l. riguarda la classifica della SOA posseduta dalla società aggiudicataria. Detto elemento diveniva noto alla ricorrente in seguito all'acquisizione della documentazione richiesta in sede di accesso. Siamo dunque di fronte a uno dei casi in cui, secondo i principi recentemente enucleati dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, la proposizione della domanda di accesso sospende il termine per l'impugnazione: «*a) il termine per l'impugnazione dell'aggiudicazione decorre dalla pubblicazione generalizzata degli atti di gara, tra cui devono comprendersi anche i verbali di gara, ivi comprese le operazioni tutte e le valutazioni operate dalle commissioni di gara delle offerte presentate, in coerenza con la previsione contenuta nell'art. 29 del d.lgs. n. 50 del 2016; […] c) la proposizione dell'istanza di accesso agli atti di gara comporta la 'dilazione temporale' quando i motivi di ricorso conseguano alla conoscenza dei documenti che completano l'offerta dell'aggiudicatario ovvero delle giustificazioni rese nell'ambito del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta; […]*» (Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 2 luglio 2020 n. 12).

Nel caso di specie, la SOA di STM Impianti è infatti uno degli atti di gara che completa l'offerta dell'aggiudicataria, e la cui piena conoscenza da parte del concorrente non vincitore è necessaria ai fini della decorrenza del termine per l'impugnazione. Ciò, indipendentemente dalla conseguibilità o meno, *aliunde* e mediante ricerca autonoma, dell'informazione.

Il ricorso risulta dunque tempestivamente proposto e, come tale, è ricevibile e viene scrutinato nel merito.

6. Si procede alla disamina delle censure azionate dalla società ricorrente con l'atto introduttivo del giudizio. Occorre preventivamente puntualizzare come l'intero ricorso riguardi la dedotta illegittimità della *lex specialis* (e, per conseguenza, dell'aggiudicazione), laddove la stessa richiedeva, per la partecipazione alla gara, requisiti commisurati alla base d'asta del solo primo livello di lavori, pari a €. 209.000,00 (SOA in classifica I), riservando poi alla successiva valutazione della p.a. l'aggiudicazione di ulteriori lavori (secondo livello) dell'importo di €. 153.735,44 i quali, sommati ai primi, avrebbero imposto il possesso di una SOA in classifica II, non richiesta invece dalla legge di gara.

La suddetta previsione sarebbe illegittima, a parere della ricorrente, sotto tre profili. Innanzi tutto, avrebbe violato le norme che disciplinano la quantificazione del valore dell'appalto; contravverrebbe poi al divieto di frazionamento artificioso della gara in lotti; e renderebbe infine possibile l'aggiudicazione di lavori complessivamente richiedenti una SOA in seconda classifica, a un soggetto che possiede solo la prima classifica.

6.1. Riguardo al primo profilo, la ricorrente riteneva la *lex specialis* illegittima in quanto lesiva dell'art. 35 D. Lgs. 50/2016, relativo alla determinazione del valore dell'appalto. Si denunciava infatti che, pur prevedendo la possibilità di affidare lavori per €. 362.735,44 (importo risultante dalla somma tra il primo e il secondo livello), ai fini dell'individuazione dei requisiti di partecipazione la legge di gara teneva in considerazione il solo primo livello (base d'asta pari a €. 209.000,00). Si chiedeva perciò ai partecipanti il possesso della SOA in prima classifica, e non nella

seconda, che si sarebbe resa necessaria quale requisito di capacità tecnica per lavori di importo pari ai due livelli complessivamente considerati.

La censura è infondata.

6.1.1. L'art. 35 D. Lgs. 50/2016 è effettivamente ispirato al principio di omnicomprensività delle somme contemplate nella legge di gara. Nel disciplinare la quantificazione del valore dell'appalto, l'art. 35 comma 4 stabilisce infatti che: «*Il calcolo del valore stimato di un appalto pubblico di lavori […] è basato sull'importo totale pagabile, al netto dell'IVA, valutato dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore*». La norma introduce dunque il criterio dell'importo totale pagabile, che impone di tenere in considerazione tutte le somme erogabili dalla stazione appaltante in ragione della gara. Tuttavia, l'indicato criterio viene previsto ai soli fini, perseguiti dalla norma, legati alla valutazione dell'osservanza delle soglie di rilevanza comunitaria di cui all'art. 35 commi 1 e 2. Il criterio dell'importo totale pagabile, dunque, è applicabile all'appalto solo a tali fini.

Quanto ai requisiti di partecipazione, il legislatore individua invece un differente criterio. L'art. 83 D. Lgs. 50/2016, che disciplina tale ulteriore aspetto, è infatti ispirato al principio di proporzionalità all'oggetto dell'appalto, nell'ottica della garanzia della massima possibile partecipazione alla gara, e dell'agevolazione dell'accesso alla procedura selettiva per le imprese di ridotte dimensioni. In tale prospettiva, l'art. 83 D. Lgs. 50/2016 stabilisce che: «*2. I requisiti e le capacità di cui al comma 1 sono attinenti e proporzionati all'oggetto dell'appalto, tenendo presente l'interesse pubblico ad avere il più ampio numero di potenziali partecipanti, nel rispetto dei principi di trasparenza e di rotazione […]*» (art. 83 comma 2 D. Lgs. 50/2016); il tutto in conformità con le previsioni della legge delega n. 11/2016, la quale dava mandato al Governo di prevedere la: «*r) definizione dei requisiti di capacità economico-finanziaria, tecnica, ivi compresa quella organizzativa, e professionale, attinenti e proporzionati all'oggetto dell'appalto, che gli operatori economici devono possedere per partecipare alle procedure di gara, tenendo presente l'interesse pubblico ad avere il più ampio numero di potenziali partecipanti, nel rispetto dei principi di trasparenza e rotazione, nonché a favorire l'accesso da parte delle micro, piccole e medie imprese*» (art. 1 comma 1 lettera 'r' L. 11/2016). Orbene, l'oggetto dell'appalto, cui le suddette norme commisurano i requisiti per la partecipazione, non coincide con l'importo totale pagabile di cui all'art. 35. Invero, nell'oggetto dell'appalto *ex* art. 83 rientrano solo le prestazioni che vengono effettivamente aggiudicate, e come tali concretamente commissionate all'operatore privato. È dunque solo ai corrispettivi (a base d'asta) di tali prestazioni che va rapportata l'individuazione dei requisiti di accesso.

Nel caso di specie, all'atto dell'indizione della procedura, l'oggetto dell'appalto era costituito dai soli lavori del primo livello, che integravano l'unica prestazione che il Comune prevedeva con certezza di affidare. I requisiti di partecipazione, pertanto, venivano correttamente commisurati dalla stazione appaltante alla base d'asta prevista per tale certa aggiudicazione.

6.1.2. La correttezza delle conclusioni sopra esposte si evince altresì dalle disposizioni dedicate alla stima del valore dell'appalto in caso di suddivisione della gara in lotti, che confermano la non coincidenza tra il valore dell'appalto ai fini delle soglie comunitarie e quello determinato per l'individuazione dei requisiti di partecipazione.

L'art. 35 comma 9 stabilisce infatti, ai fini delle soglie di rilevanza comunitaria, che, in caso di previsione di più lotti, in applicazione del principio dell'importo totale pagabile, ai fini della quantificazione del valore dell'appalto: «*è computato il valore complessivo stimato della totalità di tali lotti*». Nel contempo, quanto all'individuazione dei requisiti di partecipazione delle imprese alle singole frazioni di gara, si evince dall'art. 51 D. Lgs. 50/2016 che la stazione appaltante dovrà invece procedere sulla base del valore di ogni lotto singolarmente considerato, e non potrà imporre

requisiti determinati in relazione alla somma del valore di tutti i lotti complessivamente intesi. L'art. 51 prevede infatti che: «*1. Nel rispetto della disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici […] al fine di favorire l'accesso delle microimprese, piccole e medie imprese, le stazioni appaltanti suddividono gli appalti in lotti funzionali di cui all'articolo 3 […]. […] Nel caso di suddivisione in lotti, il relativo valore deve essere adeguato in modo da garantire l'effettiva possibilità di partecipazione da parte delle microimprese, piccole e medie imprese […]*». È dunque confermato, anche in tale ulteriore ipotesi, che il valore dell'appalto cui fa riferimento l'art. 35 D. Lgs. 50/2016 e il criterio dell'importo totale pagabile ivi previsto non trovano applicazione ai fini dell'individuazione dei requisiti di accesso alla procedura.

6.1.3. Del resto, anche l'art. 63 comma 5 D. Lgs. 50/2016, invocato nelle difese dell'Amministrazione e volto a disciplinare la fattispecie della ripetizione di lavori già affidati, prevede la possibilità di procedere a nuova aggiudicazione mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando, precisando che il nuovo affidamento dovrà essere computato nel valore complessivo dell'appalto, ma al solo fine di vagliare l'osservanza delle soglie di cui all'art. 35 comma 1 D. Lgs. 50/2016, non anche quanto all'individuazione dei requisiti di accesso alla gara.

6.1.4. Rimane dunque acclarata la diversità dei criteri di calcolo del valore dell'appalto ai fini della valutazione del superamento delle soglie comunitarie, rispetto a quelli usati in sede di determinazione dell'oggetto dell'appalto stesso per l'individuazione dei requisiti di accesso alla gara. Il primo valore è infatti quantificato sulla base del criterio di omnicomprensività (art. 35 comma 4), mentre il secondo viene determinato in ragione delle sole prestazioni effettivamente aggiudicate (art. 83).

La *lex specialis* della gara oggetto della presente causa si presenta dunque in linea con l'art. 35, in quanto tiene conto anche dell'opzione afferente al secondo livello di lavori ai fini delle soglie comunitarie (omnicomprensività); nel contempo, in ossequio ai diversi principi individuati dall'art. 83, si riferisce alle sole prestazioni oggetto di certo e immediato affidamento onde individuare i requisiti (classifica della SOA) di partecipazione.

6.1.5. Non può condividersi l'opposta prospettazione difensiva di Livio Impianti S.r.l., a parere della quale la gara andrebbe considerata in termini unitari, computando nel valore dell'appalto, anche ai fini dell'individuazione della classifica SOA richiesta per la partecipazione, sia il primo che il secondo livello dei lavori. In tal modo si renderebbe infatti priva di rilevanza la circostanza che, al contrario di quanto stabilito per la prima parte dei lavori, l'aggiudicazione della seconda porzione ha natura solo ipotetica. Seguendo la tesi di parte ricorrente, si impedirebbe dunque la partecipazione a imprese che, con riferimento alle prestazioni oggetto di certa aggiudicazione al momento dell'indizione della gara, sono dotate di tutti i requisiti di capacità tecnica per prendervi parte. Ne risulterebbe dunque gravemente compromesso il principio di massima partecipazione e, suo tramite, il fondamentale principio concorrenziale.

Non potrebbe conseguentemente ritenersi legittima la richiesta, nei confronti della concorrente, di un requisito di accesso alla gara (SOA in seconda classifica) che prenda in considerazione prestazioni ulteriori e del tutto eventuali risetto a quelle oggetto di affidamento certo. In tal senso, sia pure con riferimento al precedente assetto normativo di cui al D. Lgs. 163/2006, e in particolare all'art. 57 del previgente codice, oggi 'sostituito' dall'art. 63 D. Lgs. 50/2016: «*La disposizione si riferisce, cioè, a servizi la cui esecuzione, al momento dell'indizione della gara originaria, è presa in considerazione solo a livello di mera eventualità perché, a quell'epoca, il relativo bisogno non esiste. […] Se l'art. 57 del codice dei contratti si riferisse a prestazione della cui ripetizione vi fosse certezza fin dal momento della indizione della gara originaria […], i relativi bandi dovrebbero prenderne in considerazione il valore anche dal punto di vista dei requisiti di qualificazione,*

mentre la disposizione in esame (al pari della corrispondente disposizione recata a livello comunitario) ne prevede il computo ai soli fini del principio di infrazionabilità surrettizia della soglia dell'appalto. I requisiti di partecipazione, anche in caso di possibile ripetizione ex art. 57, vengono dunque tarati solo sul valore certo dell'appalto (quello per il quale la gara è effettivamente celebrata) proprio perché la ripetizione, al momento della gara, non è affatto certa ma solo eventuale e destinata a conseguire ad una nuova, distinta (ed altrettanto eventuale) aggiudicazione (sia pure all'esito di una procedura negoziata). Se fosse diversamente, d'altronde, si darebbe luogo a una restrizione del possibile novero dei partecipanti contraria al principio di proporzionalità poiché i requisiti di ammissione verrebbero a risultare inaspriti in funzione di un innalzamento dell'importo della gara che è invece solo eventuale […]» (Consiglio di Stato, V, 11 maggio 2009, n. 2882).

6.1.6. Nella gara indetta dal Comune di Briosco, l'affidamento del secondo livello dei lavori risulta, a oggi, un accadimento meramente eventuale e ipotetico, da non tenere in considerazione, in virtù delle valutazioni che precedono, nell'individuazione dei requisiti di partecipazione.

L'Amministrazione ha infatti aggiudicato a Stm S.r.l., coerentemente con le previsioni della legge di gara, il solo primo livello, per un importo a base d'asta pari a €. 209.000,00. Per il suddetto importo - *l'unico da considerare, per quanto sopra, ai fini dell'individuazione dei requisiti di accesso* - risulta congrua la previsione del necessario possesso della SOA in OG 10 con prima classifica, come risultante dalla legge di gara (art. 3.3 del Capitolato).

La *lex specialis* e l'aggiudicazione disposta in favore di Stm S.r.l., sotto il profilo appena considerato, vanno dunque esenti da vizi.

6.2. Parimenti infondata è la censura volta a denunciare, nel bando di gara, la violazione dell'art. 51 D. Lgs. 50/2016. Non sussiste invero, nel caso di specie, una suddivisione della gara in lotti. Qualora la stazione appaltante avesse voluto configurare una procedura selettiva ripartita su due lotti, invero, entrambi i livelli di lavori sarebbero stati oggetto di separato e contemporaneo confronto concorsuale, con conseguente duplice aggiudicazione - una per ciascun lotto -, entrambe previste come certe ed effettive, e non configurate in termini meramente eventuali. Ciò che non è avvenuto nel caso di specie, né è previsto dalla *lex specialis*.

La gara è invece unitaria, sebbene articolata su due livelli, uno certo e l'altro ipotetico. Non può dunque ravvisarsi nella fattispecie alcuna lesione dell'art. 51 D. Lgs. 50/2016.

6.3. Venendo, da ultimo, alle censure volte a evidenziare la possibile frizione tra l'aggiudicazione eventuale del secondo livello dei lavori a Stm Impianti S.r.l. e l'incapienza della SOA dell'impresa controinteressata rispetto al valore complessivo dell'appalto (primo e secondo livello), ritiene il Collegio che le stesse si appalesino, allo stato, inammissibili. Risulta invero fondata l'eccezione sollevata dalla parte resistente e dalla controinteressata, nelle rispettive memorie del 18 dicembre 2020, volta a rilevare la carenza, in capo a Livio Impianti S.r.l., di un interesse attuale alla proposizione di detta doglianza.

A oggi, l'aggiudicazione della nuova porzione di lavori non è infatti intervenuta. L'ulteriore affidamento configura dunque, allo stato, un atto eventuale e futuro, alla cui censura la ricorrente non ha interesse.

Il ricorso risulta pertanto, *in parte qua*, inammissibile; ferma restando la possibilità d'impugnazione dell'aggiudicazione aggiuntiva, o comunque l'estensione dell'aggiudicazione originaria, laddove e quando un siffatto provvedimento verrà adottato dalla p.a.

6.3.1. Incidentalmente, ritiene il Collegio, anche ai fini della statuizione sulle spese, che l'eventuale e futuro affidamento diretto del secondo gruppo di lavori non sarebbe giustificabile ai sensi dell'art. 106 comma 1 lettera 'a' D. Lgs. 50/2016. Tale disposizione, che ammette l'introduzione di modifiche al contratto (in estrema sintesi: revisione di prezzi e opzioni) richiede infatti l'individuazione degli specifici presupposti in presenza dei quali la variazione contrattuale entrerà in vigore; presupposti la cui indicazione difetta *in toto* nelle previsioni della legge di gara del Comune di Briosco. Inoltre, la disposizione *de qua* esclude la possibilità di introdurre modifiche che possano alterare la natura generale del contratto. Una siffatta alterazione pare potersi rinvenire nel caso di specie, ove l'eventuale inserimento *ab initio* di tutti i lavori nell'oggetto dell'appalto avrebbe imposto la SOA in seconda classifica quale requisito di accesso, determinando una radicale modifica nella platea dei concorrenti, dalla quale sarebbe stata esclusa l'aggiudicataria Stm Impianti S.r.l. Il contratto avrebbe dunque subito variazioni in una delle proprie componenti essenziali (l'identità del contraente privato). La modifica prevista dal Comune di Briosco non può dunque rientrare nell'art. 106 comma 1 lettera 'a' D. Lgs. 50/2016.

Né, ritiene in termini ulteriormente incidentali il Collegio, il bando appare configurabile quale ipotesi applicativa dell'art. 63 comma 5 D. Lgs. 50/2016. Tale ultima disposizione presuppone invero, a differenza della legge di gara elaborata dal Comune di Briosco, l'espletamento di una nuova procedura selettiva (in forma negoziata e senza previa pubblicazione del bando).

7. In virtù delle considerazioni che precedono, ritiene il Collegio che il ricorso debba essere in parte dichiarato inammissibile per difetto di interesse e in parte respinto, siccome infondato.

8. Le spese del giudizio vengono compensate tra le parti, in ragione dell'esito della causa e tenuto conto anche delle considerazioni di cui al precedente punto 6.3.1.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, in parte lo dichiara inammissibile e in parte lo respinge.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Milano nella Camera di consiglio del 17 febbraio 2021, tenutasi con collegamento da remoto in videoconferenza tramite Microsoft Teams ai sensi dell'art. 25 del D.L. 28 ottobre 2020, n. 137 convertito in Legge 18 dicembre 2020, n.176, come modificato dall'art.1, comma 17 del D.L. 31 dicembre 2020, n.183, e del Decreto Presidente del Consiglio di Stato del 28 dicembre 2020, con l'intervento dei magistrati:

Gabriele Nunziata, Presidente

Giovanni Zucchini, Consigliere

Katiuscia Papi, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

Katiuscia Papi Gabriele Nunziata

IL SEGRETARIO